



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2016

---

## **Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs**

Baum, Olivier ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-129818>

Journal Article

Originally published at:

Baum, Olivier; Von der Crone, Hans Caspar (2016). Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 88(2):232-249.

# Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs

## Bundesgerichtsurteil 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015 (BGE 142 III 23)

Mit Bemerkungen von RA lic. iur. Olivier Baum und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen
  - 1. Anspruchszuständigkeit und Klageberechtigung
  - 2. Schaden
  - 3. Durchsetzungsordnung im Konkurs
  - 4. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die SAirGroup in Nachlassliquidation (Klägerin) reichte am 27. Juni 2012 beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen verschiedene ehemalige Organe der SAirGroup ein. Sie machte darin geltend, dass die SAirGroup in den letzten Wochen vor dem am 4. Oktober 2001 eingereichten Gesuch um Nachlassstundung noch verschiedene Zahlungen an Dritte geleistet hatte, wodurch diese – zufolge der vollen Befriedigung ihrer Forderung – im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern begünstigt worden seien.<sup>1</sup> Aufgrund dieser Gläubigerbegünstigung seien die beklagten Organe (unter solidarischer Haftung) zu verpflichten, der Klägerin die Beträge von CHF 92'673'106.–, EUR 25'719'244.– sowie GBP 751'788.– (zzgl. Zinsbeträge) zu bezahlen.<sup>2</sup>

Das Handelsgericht Zürich wies die Klage ab, da einerseits kein im Rahmen der Verantwortlichkeitsklage relevanter Schaden vorliege,<sup>3</sup> andererseits – mangels einer allgemeinen aktienrechtlichen Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung – auch keine Pflichtverletzung bestehe.<sup>4</sup> Die Klägerin gelangte daraufhin mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht,

welches das Urteil der Vorinstanz bestätigte und die Beschwerde abwies.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die Klägerin vorliegend eine Klage auf Ersatz des Schadens an die Gesellschaft i.S.v. Art. 757 Abs. 1 OR erhoben habe, zu deren Geltendmachung bei Gesellschaften in Nachlassliquidation die Nachlassverwaltung in analoger Weise zur Konkursverwaltung in einem Konkursverfahren zuständig sei (Art. 325 SchKG).<sup>5</sup> Sodann geht es auf den von der Klägerin angerufenen «Raichle-Entscheid» ein. In diesem hatte das Bundesgericht entschieden, es bestehe ein Gebot zur Gläubigergleichbehandlung.<sup>6</sup> Insbesondere hatte das Bundesgericht im Entscheid i.S. Raichle der Konkursverwaltung aber auch die Aktivlegitimation zuerkannt, einen den übrigen Gläubigern durch die Tilgung der Schuld eines einzelnen Gläubigers – und der mit der dadurch bewirkten Verminderung des Verwertungssubstrats verbundenen Beeinträchtigung der Werthaltigkeit ihrer Forderung – entstandenen Schaden durch Verantwortlichkeitsklage im Interesse der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger erhältlich zu machen.<sup>7</sup>

Das Bundesgericht hielt fest, der von der Klägerin angerufene Raichle-Entscheid müsse vor dem Hintergrund der damaligen, sehr restriktiven bundesgerichtlichen Praxis zur Aktivlegitimation bei der Geltendmachung von Gläubigerschäden im Konkurs gesehen werden.<sup>8</sup> Im Lichte der seitherigen Entwicklung der Rechtsprechung erscheine der Entscheid i.S. Raichle als überholt.<sup>9</sup> Nach der damals geltenden, in BGE 122 III 176 («X. Corporation») begründeten Praxis sollten Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger im Konkurs der ausschliesslichen Herrschaft der Konkursverwaltung unterstellt werden; als Folge davon sei die Aktivlegitimation der Gläubiger auch für Sachverhalte eingeschränkt worden, in denen die Gesellschaft selbst nicht geschädigt wurde.<sup>10</sup> Diese Praxis sei – vom Sonderfall der gleichzeitigen direkten

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, SV A. und B.

<sup>2</sup> Überdies stellte die Klägerin ein Rechtsbegehren auf Feststellung der Forderungssumme in Schweizer Franken für den Fall einer allfälligen Leistung der in ausländischer Währung geschuldeten Forderungsbeträge in «Landeswährung» i.S.v. Art. 84 Abs. 2 OR. Auf dieses Feststellungsbegehren trat das Handelsgericht Zürich jedoch nicht ein; vgl. Handelsgericht Zürich, Urteil und Beschluss HG120137-O vom 1. Juli 2015, E. 1.3 ff.

<sup>3</sup> Handelsgericht Zürich, Urteil und Beschluss HG120137-O vom 1. Juli 2015, E. 5.7.

<sup>4</sup> Handelsgericht Zürich, Urteil und Beschluss HG120137-O vom 1. Juli 2015, E. 6.6.

<sup>5</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 3.1.

<sup>6</sup> BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4b/aa.

<sup>7</sup> BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4c.

<sup>8</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.2.

<sup>9</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.2.

<sup>10</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.2.1.

Schädigung der Gesellschaft und der Gläubiger abgesehen – mittlerweile aufgehoben.<sup>11</sup> Dementsprechend rechtfertigt es sich nicht mehr, der Konkursverwaltung (bzw. der Nachlassmasse) die Aktivlegitimation für ausschliesslich den Gläubigern entstandene Schäden zuzugestehen.<sup>12</sup> Diese Betrachtungsweise werde überdies durch die Marginalien von Art. 756–758 OR gestützt.<sup>13</sup> Auch wenn die Konkursverwaltung gemäss der «Raschein-Doktrin» zur Geltendmachung eines einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit befugt sei, könne dieser nur Ansprüche umfassen, die sich aus dem Recht der Gesellschaft (bzw. der Konkursmasse) ergeben.<sup>14</sup> Eine allfällige Schädigung der Gläubiger zufolge der Verminderung des Verwertungssubstrats könne demzufolge auch nur Gegenstand einer paulianischen Anfechtungsklage sein.<sup>15</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. Anspruchszuständigkeit und Klageberechtigung

Die Bestimmungen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR) regeln einerseits die Anspruchszuständigkeit, also die Frage, unter welchen Voraussetzungen materiell-rechtlich gesehen wem ein Anspruch gegen wen zusteht, und normieren andererseits die Klageberechtigung, also die Frage, wer die einzelnen Ansprüche in welchem Zeitpunkt klageweise durchsetzen kann.<sup>16</sup> Nachfolgend soll deshalb zunächst auf das für die Anspruchszuständigkeit entscheidende Kriterium des Schadens eingegangen werden. In einem weiteren Schritt soll alsdann die Durchsetzungsordnung unter besonderer Berücksichtigung der Klageberechtigung näher beleuchtet werden.

## 2. Schaden

### 2.1 Schadensbegriff

Obwohl der Begriff des Schadens für das Haftpflichtrecht im Allgemeinen und das Recht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im Besonderen von zentraler Bedeutung ist,<sup>17</sup> findet sich im schweizerischen Obligationenrecht keine einschlägige Legaldefinition.<sup>18</sup> Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird Schaden definiert als unfreiwillige Vermögensverminderung, welche in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann.<sup>19</sup> Der haftpflichtrechtlich relevante Schaden besteht dabei in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.<sup>20</sup> Nur in vereinzelt Sonderfällen anerkennt das Bundesgericht einen zahlenmässig nicht nachweisbaren Schaden.<sup>21</sup> Zu bemerken ist hierzu, dass die Wendung «Vermehrung der Passiven» genau besehen unpräzise ist: Der Begriff der Passiven umfasst auch das Eigenkapital (vgl. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR), weshalb nur eine Vermehrung der Verbindlichkeiten i.S.v. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR eine «Vermögensverminderung» darstellen kann. In der Folge wird deshalb «Schaden» verstanden als eine Vermögensverminderung, die in einer Vermehrung der Verbindlichkeiten, Verminderung der Aktiven oder entgangenem Gewinn bestehen kann.

<sup>11</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.2.2.

<sup>12</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.3.

<sup>13</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.3.

<sup>14</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.4.

<sup>15</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.4.

<sup>16</sup> Eingehend dazu: *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= SSHW 210), 150 ff. (m.w.H.); sowie *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, Bern 2014, § 12 N 89.

<sup>17</sup> Vgl. *Peter Bockli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 N 360.

<sup>18</sup> Ausführlich dazu: *Claudia Suter*, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2010 (= SSHW 295), Zürich/St. Gallen 2010, 13 ff.

<sup>19</sup> Vgl. etwa: BGE 132 III 359, E. 4; BGE 115 II 474, E. 3.

<sup>20</sup> Vgl. etwa: BGE 132 III 359, E. 4; BGE 115 II 474, E. 3.

<sup>21</sup> Als solche sog. «normative Schäden» anerkennt das Bundesgericht etwa den Haushaltsschaden (BGE 132 III 321, E. 3.1) sowie den Pflege- und Betreuungsschaden (BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002, E. 6b). Der Begriff «normativ» darf aber nicht im Sinne eines Abgrenzungskriteriums dahingehend verstanden werden, dass die übrigen Schadenskategorien alle naturwissenschaftlich – und damit wertungsfrei – ermittelt werden könnten, da letztlich jedem Schaden eine gewisse (Be-)Wertung zugrunde liegt.

Der Schaden selbst wird unterschieden in unmittelbaren Schaden und mittelbaren Schaden, wobei sich diese Unterscheidung auf die Länge der Kausalkette bezieht:<sup>22</sup> Während der unmittelbare Schaden die direkte Folge des schädigenden Ereignisses darstellt, handelt es sich beim mittelbaren Schaden um einen Folgeschaden, welcher aber ebenfalls eine Vermögensverminderung des Geschädigten zur Folge hat.<sup>23</sup> Davon zwingend abzugrenzen ist der Reflexschaden, der zwar ebenfalls ein Folgeschaden ist, im Gegensatz zum mittelbaren Schaden aber zu einer Vermögensverminderung bei einem Dritten führt.<sup>24</sup> Diese Differenzierung ist für das allgemeine Haftpflichtrecht zentral: Im Rahmen der Schadenersatzpflicht sind sowohl unmittelbare wie mittelbare Schäden zu ersetzen, während Reflexschäden grundsätzlich nicht ersatzpflichtig sind.<sup>25</sup> Zu bemerken ist in diesem Kontext, dass Reflexschäden – in Abgrenzung zum direkten Schaden – auch als indirekte Schäden bezeichnet werden,<sup>26</sup> teilweise der Begriff des indirekten Schadens allerdings auch (untechnisch) als Synonym für den «mittelbaren Schaden» verwendet wird,<sup>27</sup> was immer wieder Anlass zu Verwirrungen gibt.

## 2.2 Terminologie des Verantwortlichkeitsrechts

Auch die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit verwendete Terminologie ist bezüglich des Schadensbegriffs nicht einheitlich.<sup>28</sup> In der Konstellation eines der Gesellschaft verursachten Schadens i.S.v. Art. 756 ff. OR spricht das Bundesgericht – gerade auch im vorliegend besprochenen Entscheid<sup>29</sup> – uneinheitlich von einem «mittelbaren Schaden», einem «indirekten Schaden» oder einem «Reflexschaden» des Aktionärs bzw. Gläubigers.<sup>30</sup> Diese Varianz in der verwendeten Terminologie dürfte u.a. auf die Fassung des Obligationenrechts von 1936 zurückzuführen sein, in welchem die dem heutigen Art. 756 OR entsprechende Bestimmung (Art. 755 OR 1936) von der «Geltendmachung des mittelbaren Schadens» sprach. Mit der Aktienrechtsrevision von 1991 trat an die Stelle des «mittelbaren Schadens» in der Marginalie wie im Wortlaut von Art. 756 OR der Begriff des «Schadens der Gesellschaft». Ziel dieser begrifflichen Neufassung war nicht die Änderung, sondern die Klarstellung der Rechtslage.<sup>31</sup>

Da die aktienrechtliche Verantwortlichkeit einen Anwendungsfall der privatrechtlichen Haftpflicht darstellt,<sup>32</sup> finden die unter III.2.1 dargelegten Grundsätze Anwendung. Es ist somit zu differenzieren zwischen einem der Gesellschaft entstandenen Schaden i.S.v. Art. 756 ff. OR und einem Schaden des Aktionärs bzw. Gläubigers, welcher zu keiner Vermögensverminderung bei der Gesellschaft geführt hat. Wird die Gesellschaft selbst geschädigt, so erleiden die Aktionäre bzw. Gläubiger – entgegen der verbreiteten aber unpräzisen Terminologie – keinen mittelbaren Schaden, sondern einen Reflexschaden, da ein allfäll-

<sup>22</sup> Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 334; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Bern 2012, Rn. 14.27; Karl Oftinger/Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 1995, § 2 N 26.

<sup>23</sup> Martin A. Kessler, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 7 zu Art. 41 OR; Roland Brehm, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013, N 74 zu Art. 41 OR; Rey (Fn. 22), N 334.

<sup>24</sup> BK-Brehm (Fn. 23), N 74a zu Art. 41 OR; Oftinger/Stark (Fn. 22), § 2 N 72 ff.; Kessler (Fn. 23), N 9 zu Art. 41 OR.

<sup>25</sup> BK-Brehm (Fn. 23), N 74 f. und N 20 ff. zu Art. 41 OR; Rey (Fn. 22), N 354 ff.; Schwenzer (Fn. 22), Rn. 14.20. Eine Ausnahme bilden die sog. Schockschäden, welche Reflexschäden darstellen, vom Bundesgericht aber als gleichzeitige – widerrechtliche (vgl. Oftinger/Stark [Fn. 22], § 2 N 74 ff.) – direkte Schädigung der Persönlichkeit des Dritten behandelt und damit als ersatzfähig qualifiziert werden («Hunter-Fall»; BGE 112 II 118, E. 5), sowie die Versorgerschäden (Art. 45 Abs. 3 OR).

<sup>26</sup> BK-Brehm (Fn. 23), N 74 f. zu Art. 41 OR; Schwenzer (Fn. 22), Rn. 14.19.

<sup>27</sup> Vgl. nur: Rey (Fn. 22), N 333.

<sup>28</sup> Siehe zur Terminologie etwa Suter (Fn. 18), 65 f.

<sup>29</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.1 ff.

<sup>30</sup> Siehe dazu etwa folgende, in jüngerer Zeit ergangenen Entscheide: BGE 131 III 306, E. 3.2.1; BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.1.2; BGE 139 III 24, E. 3.1; BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), E. 5.2.1 ff.; BGer 4A\_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 5.2.

<sup>31</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745, 851 f.; gl.M.: Dieter Gericke/Stefan Waller, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, N 15 zu Art. 754 OR.

<sup>32</sup> Vgl. Hans Caspar von der Crone/Felix Buff, *Ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit noch zeitgemäss?*, SZW 87 (2015), 444–458, 445; Bärtschi (Fn. 16), 5 f. (m.w.H.).

liger Wertverlust der Aktien bzw. Forderung zu einer Vermögensverminderung bei einem (aus Sicht der AG) Dritten führt. Dieser Reflexschaden ist nach den allgemeinen Grundsätzen nicht ersatzfähig, wovon implizit auch der Gesetzgeber ausgegangen ist, da er den Aktionären – bzw. im Konkurs auch den Gläubigern – nur einen Anspruch auf «Leistung an die Gesellschaft» (Art. 756 Abs. 1 Satz 2 OR) bzw. «Ersatz des Schadens an die Gesellschaft» (Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR) einräumt. Pointiert ausgedrückt gilt die Formel «indirekter Schaden wird indirekt ersetzt»<sup>33</sup>, wodurch auch eine (allfällige) reflexweise Vermögensverminderung der Aktionäre und Gläubiger entfällt.<sup>34</sup>

Da der Begriff des «mittelbaren Schadens» im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – wie aufgezeigt – untechnisch als Synonym für «Reflexschaden» gebraucht wird, sollte auf dessen Verwendung verzichtet werden. In Einklang mit dem seit dem 1. Juli 1992 geltenden Gesetzeswortlaut sollte stattdessen nur zwischen dem Gesellschaftsschaden, welcher zu einem Reflexschaden (bzw. indirekten Schaden) bei Aktionären bzw. Gläubigern führen kann, und dem (direkten) Schaden der Aktionäre bzw. Gläubiger unterschieden werden.

### 2.3 Abgrenzung direkter vs. indirekter Schaden

Ursprünglich nahm das Bundesgericht die Abgrenzung zwischen dem direkten und indirekten Schaden eines Aktionärs bzw. Gläubigers ausgehend von der Vermögensmasse vor, in welcher der fragliche Schaden eingetreten ist.<sup>35</sup> In BGE 122 III 176 («X. Corporation») änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung und hielt fest, es sei zur Abgrenzung vielmehr auf die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht abzustellen.<sup>36</sup> Ein Anspruch aus direkter Schädigung konnte demnach nur noch dann eigenständig geltend gemacht werden, wenn diese durch Verletzung von Bestimmungen herbeigeführt worden ist, die allein dem Schutz des betreffenden Dritten dienen, oder allenfalls ein Tatbestand der *culpa in contrahendo* vorliegt, welcher eine persönliche Haf-

tung des Handelnden begründet.<sup>37</sup> Das Bundesgericht begründete diese Praxisänderung zunächst mit der gemäss Raschein-Doktrin mit Konkurseröffnung erfolgenden Ablösung des Anspruchs aus dem Recht der Gesellschaft durch den Anspruch der Gläubigersamtheit;<sup>38</sup> überdies gelte es, einen Wettlauf der Gläubiger um Befriedigung aus der beschränkten Vermögenssubstanz der Organe zu verhindern, weshalb Einzelklagen von direkt geschädigten Gläubigern, welche der Konkursverwaltung zuvorzukommen suchen, möglichst ausgeschlossen werden sollten.<sup>39</sup> In den Entscheiden BGE 131 III 306 («Biber Holding») und BGE 132 III 564 ist das Bundesgericht später aber wieder zur traditionellen Unterscheidung nach der betroffenen Vermögensmasse zurückgekehrt:<sup>40</sup> Sofern ein Gläubiger (oder Aktionär) unter Ausschluss jeglichen Schadens der Gesellschaft geschädigt wird, liegt ein direkter Schaden vor;<sup>41</sup> demgegenüber ist ein Gläubiger (oder Aktionär) indirekt geschädigt, wenn er nur deshalb einen Verlust erleidet, weil in erster Linie der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, der sich reflexweise auf die Einbringlichkeit seiner Forderung (bzw. den Wert seiner Beteiligung) auswirkt.<sup>42</sup>

Diese Rückkehr des Bundesgerichts zu seiner ursprünglichen Betrachtungsweise war zu begrüssen, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – als Anwendungsfall der privatrechtlichen Haftpflicht (vgl. III.2.2) – andere Abgrenzungskriterien als im übrigen Haftpflichtrecht zur Anwendung gelangen sollten. Sodann steht die neuere Rechtsprechung auch wieder im Einklang mit dem Wortlaut der Bestimmungen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. So regeln die Art. 756 ff. OR gemäss der Marginalie – wie erwähnt – explizit

<sup>37</sup> BGE 122 III 176, E. 7c.

<sup>38</sup> BGE 122 III 176, E. 7a.

<sup>39</sup> BGE 122 III 176, E. 7c.

<sup>40</sup> BGE 131 III 306, E. 3.1.1 f.; BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.1.1 ff. Eingeleitet wurde diese Praxisänderung bereits mit BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002, E. 3 (im in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid, BGE 129 III 129, nicht abgedruckte Erwägung).

<sup>41</sup> BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.1.1; jüngst bestätigt in BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), E. 5.2.1.

<sup>42</sup> BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.1.2; jüngst bestätigt in BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), E. 5.2.2.

<sup>33</sup> Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 23, unter Bezugnahme auf die Botschaft AR 1983 (Fn. 31), 851.

<sup>34</sup> Von der Crone (Fn. 16), § 12 N 52.

<sup>35</sup> Siehe etwa BGE 110 II 391, E. 1.

<sup>36</sup> BGE 122 III 176, E. 7b.



nur den «Schaden der Gesellschaft». Ein allfälliger individueller, von der Gesellschaft unabhängiger (direkter) Schaden eines Aktionärs oder Gläubigers wird von den Bestimmungen zur Klageberechtigung nicht erfasst, weshalb sowohl in der Lehre<sup>43</sup> als auch vom Bundesgericht im vorliegend besprochenen Entscheid<sup>44</sup> die Frage aufgeworfen wird, ob derartige Schäden überhaupt einen Anwendungsfall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit darstellen.

## 2.4 Negative Veränderung des Eigenkapitals als massgebliches Kriterium für den Gesellschaftsschaden

Für die Frage des Vorliegens eines indirekten Schadens (der Gläubiger bzw. Aktionäre) wird mithin auf eine Bilanzbetrachtung der (potentiell) direkt geschädigten Gesellschaft abgestellt: Ein «Schaden der Gesellschaft» i.S.v. Art. 756 ff. OR liegt demnach vor, wenn sich eine Handlung negativ auf das Eigenkapital der Gesellschaft auswirkt. Folglich stellt etwa eine Eventualverbindlichkeit (*contingent liability*), welche noch zu keinen Rückstellungen geführt hat, auch keinen Schaden dar.<sup>45</sup> Erst wenn sich eine solche Verbindlichkeit effektiv in der Bilanz niederschlägt, liegt ein Gesellschaftsschaden vor, der allenfalls eine Haftung der verantwortlichen Organe auslösen kann.<sup>46</sup>

Diese bilanzielle Sichtweise zeigt sich deutlich am Beispiel der an den Schaden anknüpfenden Klageberechtigung: Die Aktionäre sind jederzeit berechtigt, einen allfälligen Gesellschaftsschaden einzuklagen (vgl. Art. 756 Abs. 1 OR), da sich jede (negative) Veränderung des Eigenkapitals reflexweise auf den

Wert ihrer Beteiligung auswirkt. Dies im Gegensatz zu den Gläubigern, welchen ausserhalb des Konkurses keine Klageberechtigung zusteht (Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR *e contrario*): Der Gesetzgeber ging davon aus, dass die Gläubiger nicht (reflex-)geschädigt sein können, solange ihre Forderungen – gestützt auf eine formelle Bilanzbetrachtung der Gesellschaft – (noch) gedeckt sind. Dass sich die Erhöhung des Verschuldungsgrads einer Gesellschaft oder die Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit eines Schuldners negativ auf die Werthaltigkeit einer Forderung auswirken können, bleibt dabei freilich unberücksichtigt.<sup>47</sup> Ein (rechnungslegungspflichtiger) Gläubiger müsste diesem Umstand zufolge des Vorsichtsprinzips (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 und Art. 960 Abs. 2 OR) durch eine Wertberichtigung (vgl. Art. 960a Abs. 2 und 3 OR) Rechnung tragen,<sup>48</sup> was auf der Ebene dieses Gläubigers (bilanztechnisch) eine unfreiwillige Vermögensverminderung zur Folge hätte.<sup>49</sup> Notwendig ist eine solche Wertberichtigung überdies, weil der Schuldner spätestens im Zeitpunkt der Überschuldung i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR bei der Bilanzierung von Fortführungswerten (*going concern*) auf Veräusserungswerte (*gone concern*) umstellen muss, wodurch sich die Konkursdividende der Gläubiger i.d.R. nochmals

<sup>43</sup> Vgl. etwa: Böckli (Fn. 17), § 18 N 311 ff.; für solche Fälle einen Tatbestand der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit explizit ablehnend: Hans Peter Walter, Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 73–98, 80 (Fn. 17); differenzierend: Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick, ZSR Beiheft 43 (2006), 31 f.

<sup>44</sup> BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.3.

<sup>45</sup> Gemäss Art. 959c Abs. 2 Ziff. 10 OR sind derartige Eventualverbindlichkeiten lediglich in den Anhang zur Jahresrechnung aufzunehmen.

<sup>46</sup> Die relative Verjährungsfrist von 5 Jahren (Art. 760 Abs. 2 OR) beginnt denn auch erst in dem Zeitpunkt, in welchem der Kläger ausreichende Kenntnis vom Umfang des Schadens hat, um eine hinreichend substantiierte Klage zu erheben; vgl. Gericke/Waller (Fn. 31), N 5 zu Art. 760 OR.

<sup>47</sup> Das Kreditrisiko wird üblicherweise bewertet, indem man die Ausfallwahrscheinlichkeit mit der Forderungshöhe bei Ausfall und der Verlustrate bei Ausfall der Forderung multipliziert – es gilt mithin die Formel:  $\text{expected credit loss} = \text{probability of default} \times \text{exposure at default} \times \text{loss given default}$ ; vgl. Philippe Jorion, Value at Risk: the new benchmark for managing financial risk, New York 2006, 454 ff.

<sup>48</sup> Ausführlich zur Problematik der Wertberichtigungen nach den Rechnungslegungsbestimmungen des Obligationenrechts: Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf, N 982 ff. Hinsichtlich der entsprechenden Regeln des International Accounting Standards Board (als anerkannter Standard zur Rechnungslegung i.S.v. Art. 962 ff. OR; vgl. Art. 1 lit. a VASR) sei auf die IAS 39 sowie IFRS 7 verwiesen; vgl. zum Wortlaut und der Interpretation die entsprechenden Kapitel in: Henning Zülch/Matthias Hendler, International Financial Reporting Standards (IFRS) 2015: Deutsch-Englische Textausgabe der von der EU gebilligten Standards und Interpretationen, 9. Aufl., Weinheim 2015, 596 ff. und 940 ff.; sowie Adolf G. Coenenberg/Axel Haller/Wolfgang Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 23. Aufl., Stuttgart 2014, 260 ff., insb. 271 f.

<sup>49</sup> Dieser «Schaden» ist jedoch nicht definitiv: Falls die Forderung bei Fälligkeit in vollem Umfang bezahlt werden sollte, entsteht beim Gläubiger ein ausserordentlicher/periodenfremder Ertrag.

drastisch reduziert.<sup>50</sup> Derartige Auswirkungen einer Beeinträchtigung des Eigenkapitals der Gesellschaft auf die Bilanz der Gläubiger erachtet der Gesetzgeber ausserhalb des Gesellschaftskonkurses jedoch offensichtlich nicht als massgeblich.<sup>51</sup> Erst im Konkurs, wenn also aufgrund des vollständigen Verlusts des Eigenkapitals der Gesellschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein Forderungsausfall – und damit ein Reflexschaden – zu erwarten ist, kommt auch den Gläubigern die Klageberechtigung zu.

Aus dem Gesagten folgt, dass von vornherein kein Gesellschaftsschaden i.S.v. Art. 756 ff. OR vorliegen kann, wenn sich durch einen Geschäftsvorgang Aktiven und Verbindlichkeiten im gleichen Umfang reduzieren, das Eigenkapital also nicht tangiert wird.<sup>52</sup> Die von der Klägerin gerügten Zahlungen der ehemaligen SAirGroup, welche Erstere als Begründung einer indirekten Schädigung herangezogen hat, führten jedoch durchwegs zu einer solchen Verminderung der Aktiven und Verbindlichkeiten in nämlichem Umfang. Mangels einer negativen Veränderung des Eigenkapitals führte dies gemäss obenstehender Definition nicht zu einem «Gesellschaftsschaden» i.S.v. Art. 756 ff. OR. Folgerichtig hat das Bundesgericht das Vorliegen eines – für die Klageberechtigung der Konkursverwaltung bzw. des Liquidators (als Vertreter der Nachlassmasse; Art. 319 Abs. 4 SchKG) notwendigen – Schadens der Gesellschaft verneint.

## 2.5 Abgrenzung zur *actio pauliana*

Der vorliegende Entscheid zeigt die unterschiedliche Zielsetzung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

und der vollstreckungsrechtlichen *Pauliana* illustrativ auf. Die Verantwortlichkeitsklage dient dem Schutz des Vermögens der Gesellschaft: Wenn Organe der Gesellschaft durch pflichtwidriges Verhalten einen Schaden zugefügt haben, sind sie zum Ersatz desselben verpflichtet. Die *actio pauliana* bezweckt demgegenüber den Schutz des Verwertungssubstrats vor fraudulösen Rechtshandlungen bei sich abzeichnendem Konkurs der Gesellschaft. Sie soll dort greifen, wo Verwertungssubstrat, welches sich bei normalem Geschäftsgebaren in der Konkursmasse befunden hätte, beiseite geschafft worden ist.<sup>53</sup> Diesfalls soll die zur Befriedigung der Gläubiger dienende «Vermögensmasse» wiederhergestellt werden, indem die Empfänger der anfechtbaren Leistungen die Verwertung des fraglichen Vermögenswerts zu dulden haben.<sup>54</sup> Die *actio pauliana* ist somit vom Gedanken der Gläubigergleichbehandlung getragen. Dies im Unterschied zum Aktienrecht, welches den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitungsmitglieder zwar zur Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR), nicht aber zur Gleichbehandlung der Gläubiger verpflichtet.<sup>55</sup>

Zwischen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage und der *Pauliana* besteht in diesem Sinne auch keine Rangordnung.<sup>56</sup> Vielmehr überlagern sich die beiden Rechtsinstitute teilweise, weshalb bei der Geltendmachung jeweils die spezifischen Regeln beider Klagen im Auge behalten werden müssen. Im Konkurs einer Gesellschaft erfolgt die Durchsetzung paulianischer Anfechtungsansprüche dabei grundsätzlich nach dem gleichen Konzept wie bei Verantwortlichkeitsansprüchen aus indirekter Gläubigerschädigung: Paulianische Anfechtungsansprüche

<sup>50</sup> Eingehend dazu: Lukas Glanzmann, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 247–286, 256 ff.; Yves Mauchle/Hans Caspar von der Crone, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?, SZW 86 (2014), 227–239, 236.

<sup>51</sup> Die Eingehung des Risikos derartiger Entwicklungen wird sich der Gläubiger freilich durch eine entsprechende – *ex ante* festgesetzte – Prämie (Zins) kompensieren lassen; vgl. Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge (Mass.)/London 1991, 50 ff.

<sup>52</sup> Rein bilanztechnisch betrachtet sind derartige Vorgänge im Übrigen durchwegs positiv zu bewerten, da sich durch die gleichmässige Reduktion von Aktiven und Verbindlichkeiten die FK-Quote reduziert und (*vice versa*) die EK-Quote erhöht.

<sup>53</sup> BGE 136 III 341, E. 3; BGE 137 III 268, E. 4.2.1.

<sup>54</sup> BGE 137 III 268, E. 4.1; BGE 136 III 341, E. 3.

<sup>55</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 33), § 39 N 33 ff., insb. N 48; Thomas Rebsamen, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 2004, Zürich/Basel/Genf 2004, 215. Anders noch das Bundesgericht im nun von diesem selbst als überholt erklärten Raichle-Entscheid: BGE 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4b/aa. Einzig aus den paulianischen Anfechtungstatbeständen kann sich eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger ergeben, wobei diese (in zeitlicher Hinsicht) durch den Eintritt der in den Art. 286–288 SchKG skizzierten Konstellationen ausgelöst wird; vgl. BGE 134 III 452, E. 5.1.

<sup>56</sup> Vgl. dazu: Thomas Krizaj, Yin und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungslage, AJP 22 (2013), 819–836, 833 ff.

fallen in die Konkursmasse (Art. 200 SchKG) und können alsdann entweder von der Konkursverwaltung oder den Abtretungsgläubigern i.S.v. Art. 260 SchKG geltend gemacht werden (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Zu beachten ist allerdings die kürzere Verjährungsfrist: Ansprüche nach den Art. 286–288 SchKG verjähren innert zwei Jahren seit Konkurseröffnung bzw. Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung (Art. 292 Ziff. 2 und 3 SchKG),<sup>57</sup> also in einer deutlichen kürzeren Frist als die frühestens nach fünf Jahren verjährenden Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (vgl. Art. 760 OR).

Sofern durch eine Handlung eines Organs nicht das Eigenkapital der Gesellschaft, wohl aber das Verwertungssubstrat der Konkursmasse geschmälert wurde, scheidet jedenfalls eine Verantwortlichkeitsklage zufolge eines Gesellschaftsschadens aus.<sup>58</sup> Eine «Verantwortlichkeitsklage» von Gläubigern aus direkter Schädigung könnte deshalb, was die Pflichtverletzung betrifft, nur auf Art. 167 StGB abgestützt werden.<sup>59</sup>

### 3. Durchsetzungsordnung im Konkurs

#### 3.1 Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Klageberechtigung

In seiner jüngeren Rechtsprechung<sup>60</sup> führte das Bundesgericht verschiedentlich aus, dass sich die Klageberechtigung der Gläubiger – und dementsprechend

auch der Aktionäre<sup>61</sup> – nach der Art des eingetretenen Schadens richte, wobei im Konkurs der Gesellschaft drei Konstellationen zu unterscheiden seien:

- (i) Zunächst können Gläubiger bzw. Aktionäre durch ein Verhalten der Organe persönlich in ihrem Vermögen geschädigt werden, ohne dass dadurch gleichzeitig der Gesellschaft selbst ein Schaden entstanden ist. In dieser Konstellation kann der (direkt) geschädigte Gläubiger bzw. Aktionär jederzeit eigenständig gegen die fehlbaren Organe vorgehen und von diesen Schadenersatz verlangen, wobei die entsprechende Klage den gewöhnlichen Regeln der zivilrechtlichen Haftung untersteht und darüber hinaus keinen weiteren Einschränkungen unterworfen ist.<sup>62</sup>
- (ii) Davon abzugrenzen sind Fälle eines Gesellschaftsschadens i.S.v. Art. 756 ff. OR, welcher sich reflexweise – durch die Insolvenz (bzw.

<sup>57</sup> Wurde die zweijährige Frist nach Art. 292 SchKG früher ab Konkurseröffnung als Verwirklichungsrecht qualifiziert (vgl. BGE 99 III 82, E. 3), ist sie seit der Änderung des Sanierungsrechts per 1. Januar 2014 neu als (unterbrechbare) Verjährungsfrist zu verstehen (vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010 6455, 6478).

<sup>58</sup> Vgl. BGE 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.4.

<sup>59</sup> Bei Art. 167 StGB handelt es sich um ein Gefährdungsdelikt, welches sich an die Tatbestände der *actio pauliana* anlehnt, d.h. Fälle inkriminiert, in denen ein Schuldner einem Gläubiger eine sog. «inkongruente Deckung» verschafft; vgl. BGE 93 IV 16, E. 1b; BGE 117 IV 23, E. 4a f.

<sup>60</sup> Grundlegend: BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.1 ff.; jüngst bestätigt in: BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), E. 5.2 ff.

<sup>61</sup> Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zur neueren Praxis (vgl. dazu III.2.3) – soweit ersichtlich – nur zu Klagen von Gläubigern Stellung bezogen. Da sich die Ansprüche der Gläubiger von denjenigen der Aktionäre nur insofern unterscheiden, als die Gläubiger ein Recht auf Befriedigung vor allfälligen Ansprüchen der Aktionäre haben (vgl. Art. 745 Abs. 1 OR) und die Geltendmachung eines Gesellschaftsschadens im Konkurs neben den Gläubigern explizit auch den Aktionären zusteht (vgl. Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR), müssen die Überlegungen des Bundesgerichts zur Klageberechtigung bei Gläubigerschädigung *mutatis mutandis* auch für Klagen von Aktionären aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit im Konkurs der Gesellschaft gelten; gl.M.: *Gericke/Waller* (Fn. 31), N 18 zu Art. 754 OR. Zwar erklärte das Bundesgericht in BGE 117 II 432, E. 1b/ee, lapidar, ein Anspruch von Aktionären sei im Konkurs «nicht mehr denkbar». Dieser Entscheid ist jedoch vor der auf den 1. Januar 1992 in Kraft getretenen Neufassung von Art. 757 OR ergangen, dessen Wortlaut den Aktionären im Konkurs explizit eine Klageberechtigung für den Gesellschaftsschaden einräumt. Dementsprechend besteht kein Anlass, den Aktionären die Klageberechtigung zu versagen; gl.M.: *Böckli* (Fn. 17), § 18 N 348b. Sofern sich neben den Aktionären aber auch Gläubiger das Klagerecht der Konkursmasse abtreten lassen, ist zu beachten, dass bei der Verteilung eines allfälligen Erlöses die konkursrechtliche Rangordnung Platz greift (vgl. Art. 757 Abs. 2 Satz 2 und 3 OR).

<sup>62</sup> BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.2.1; BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), E. 5.2.1.



Überschuldung)<sup>63</sup> der Gesellschaft – auf die Einbringlichkeit der Gläubigerforderung bzw. die Beteiligung des Aktionärs auswirkt, ohne dass gleichzeitig (und unabhängig vom Gesellschaftsschaden) die Gläubiger bzw. Aktionäre durch ein Verhalten der Organe selbst direkt geschädigt sind. Gemäss der Raschein-Doktrin wird diesfalls der Anspruch der Gesellschaft durch einen «einheitlichen Anspruch der Gläubiger-gesamtheit» abgelöst,<sup>64</sup> zu dessen Geltendmachung primär die Konkursverwaltung berechtigt ist (Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR). Falls die Konkursverwaltung auf die Einreichung einer Verantwortlichkeitsklage verzichtet, sind subsidiär auch Gläubiger oder Aktionäre – qua Prozessstandschaft<sup>65</sup> – zur Anhebung einer Klage auf Ersatz des Schadens der Gesellschaft berechtigt (Art. 757 Abs. 2 Satz 1 OR).

- (iii) Schliesslich ist denkbar, dass ein Verhalten eines Organs zugleich die Gesellschaft selbst als auch die Gläubiger bzw. Aktionäre direkt schädigt, mithin die Gläubiger bzw. Aktionäre gleichzeitig einen indirekten – und unabhängig davon – einen direkten Schaden erleiden. In diesem Fall kann eine Konkurrenzsituation zwischen einer von der Konkursverwaltung (bzw. den Abtretungsgläubigern oder Aktionären) angestrebten Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens und einer von direkt geschädigten Gläubigern bzw. Aktionären geltend gemachten persönlichen Haftungsklage entstehen, weshalb das

Bundesgericht die Klageberechtigung der direkt geschädigten Aktionäre bzw. Gläubiger in derartigen Konstellationen beschränkt, um der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens Priorität einzuräumen.<sup>66</sup> Eine Klage gegen die verantwortlichen Organe auf Ersatz seines direkten Schadens steht einem Gläubiger (bzw. Aktionär) nur offen, wenn er diese Klage mit einer unerlaubten Handlung i.S.v. Art. 41 OR, einer *culpa in contrahendo* oder einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger – bzw. bei Klagen des Aktionärs: zum Schutz der Aktionäre – aufgestellten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründen kann.<sup>67</sup> In dieser dritten Konstellation ist somit die vom Bundesgericht in BGE 122 III 176 («X. Corporation») eingeführte Einschränkung der Klageberechtigung bzw. Durchsetzungssperre der direkt geschädigten Gläubiger (bzw. Aktionäre) nach wie vor relevant.<sup>68</sup>

Bezüglich der Durchsetzungssperre nimmt das Bundesgericht im Biber-Entscheid mithin eine Triage unter den verschiedenen in Frage kommenden Schutznormen vor.<sup>69</sup> Während an Schutznormen aus dem Aktienrecht qualifizierte Anforderungen gestellt werden, gelten für die übrigen Schutznormen die Kriterien des allgemeinen Haftpflichtrechts<sup>70</sup>.

## 3.2 Konsequenz dieser Praxis für die Anspruchsdurchsetzung im Konkurs

### 3.2.1 Überblick

Die skizzierten Konstellationen (i) und (ii) erscheinen unproblematisch, da diese letztlich nur die bereits gemäss allgemeinem Haftpflichtrecht geltenden

<sup>63</sup> Das Bundesgericht scheint in seiner Rechtsprechung (vgl. BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.1.2, sowie BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), E. 5.2.2) den Begriff der Insolvenz («insolvabilité») der Überschuldung gleichzustellen, obwohl es sich dabei genau besehen um unterschiedliche Sachverhalte handelt (vgl. *Kurt Amonn/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 38 N 31 und N 13), welche auch konkursrechtlich unterschiedlich behandelt werden: Die Konkurseröffnung zufolge Insolvenzerklärung folgt den in Art. 191 SchKG stipulierten Regeln; die Konkurseröffnung aufgrund Überschuldung ergibt sich demgegenüber aus Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a OR.

<sup>64</sup> Vgl. BGE 117 II 432, E. 1b/ee, unter Bezugnahme auf *Rolf Raschein*, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Louis Dallèves et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich/Basel/Genf 1989, 357–367, 362.

<sup>65</sup> BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.2.2 (m.w.H.).

<sup>66</sup> BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.2.3.

<sup>67</sup> BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.2.3.

<sup>68</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unter III.2.3.

<sup>69</sup> Vgl. BGE 131 III 306, E. 3.1.2 *in fine*: «Danach können die Aktionäre bzw. Gläubiger ihren direkten Schaden nur ausnahmsweise geltend machen, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinn von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>70</sup> Vgl. dazu etwa: *Schwenzer* (Fn. 22), Rn. 50.19 ff.; sowie die ausführliche Darstellung bei *BK-Brehm* (Fn. 23), N 38d ff. zu Art. 41 OR.

Regeln widerspiegeln: Ansprüche aus direkter Schädigung leiten sich (i.d.R.) aus Art. 41 OR ab und können somit nach den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen individuell durchgesetzt werden.<sup>71</sup> Ein den Gläubigern (bzw. Aktionären) durch die Schädigung der Gesellschaft entstandener Reflexschaden ist demgegenüber – zufolge der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung – nach den Regeln von Art. 756 f. OR ersatzfähig und primär durch die Gesellschaft, jedenfalls aber kollektiv durchzusetzen. Zu beachten sind in beiden Fällen die sich aus den Bestimmungen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ergebenden Besonderheiten, namentlich die Verjährungsregelung in Art. 760 OR.

Bezüglich der Durchsetzung von Ansprüchen aus einer Schädigung der Gesellschaft findet sich in der Botschaft zur heutigen Fassung von Art. 757 OR der etwas verwirrlende Hinweis, Abs. 2 Satz 1 der Bestimmung stelle klar, dass Aktionäre und Gläubiger bei der Geltendmachung dieses Anspruchs «aus eigenem Recht handeln».<sup>72</sup> Daraus wird z.T. gefolgert, Gläubiger bzw. Aktionäre hätten im Konkurs einen direkten Anspruch auf Ersatz des Reflexschadens gegen die fehlbaren Organe, welcher aber durch das Vorklagerecht der Konkursverwaltung gesperrt sei. Da durch diese reflexweise Schädigung jedoch nur in das Vermögen der Gläubiger bzw. Aktionäre, nicht jedoch in ein absolut geschütztes Rechtsgut derselben eingegriffen wurde, rechtfertigt sich – in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage<sup>73</sup> – die

Qualifikation als Direktschaden nicht.<sup>74</sup> Das Bundesgericht hält in BGE 131 III 306 («Biber Holding») denn auch explizit fest, dass es «[f]ür die mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger [...] keine Möglichkeiten [gibt], ihren eigenen Reflexschaden mittels Individualklage geltend zu machen».<sup>75</sup> Bei einem Verzicht der Konkursverwaltung i.S.v. Art. 757 Abs. 2 Satz 1 OR sind die Gläubiger bzw. Aktionäre vielmehr lediglich berechtigt, von den verantwortlichen Organen «Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen».<sup>76</sup> Es handelt sich dabei somit nicht um die Geltendmachung eines eigenen Rechts, sondern vielmehr um die Geltendmachung eines fremden Rechts in eigenem Namen, eine sog. Prozessstandschaft.<sup>77</sup> Den Gläubigern bzw. Aktionären kommt keine Anspruchszuständigkeit, aber die Klagerechtigung zu.<sup>78</sup> Diesbezüglich ist allerdings auf eine (konkursrechtliche) Besonderheit hinzuweisen: Gemäss jüngerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung macht ein Gläubiger, dem das Klagerecht der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG abgetreten wurde, zwar prozessstandschaftlich den Anspruch der Masse geltend, wird – wie eben dargelegt – somit nicht Träger des materiellen Anspruchs, ist aber dennoch berechtigt, ein Rechtsbegehren auf Leistung an

<sup>71</sup> Vgl. zur Frage, ob derartige Schäden überhaupt einen Anwendungsfall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit darstellen, III.2.3 *in fine*.

<sup>72</sup> Botschaft AR 1983 (Fn. 31), 937.

<sup>73</sup> Dem Wortlaut von Art. 754 Abs. 1 OR, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung (sowie die Liquidatoren) «sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich [sind], den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen», ist u.E. nicht zu entnehmen, dass damit auch ausdrücklich Reflexschäden direkt ersatzfähig sein sollen (vgl. demgegenüber etwa Art. 45 Abs. 3 OR). Die Wendung lässt – insbesondere unter Berücksichtigung von Art. 756–758 OR – vielmehr den Schluss zu, dass damit lediglich eine Anspruchsgrundlage für die (direkte) Schädigung der Gesellschaft wie der Aktionäre und Gläubiger geschaffen werden sollte, wobei die Durchsetzungsordnung für den direkten Schaden der Gesellschaft alsdann in Art. 756/757 OR normiert ist; so auch: BGE 131 III 306, E. 3.1.

<sup>74</sup> Vgl. zum Umgang mit Reflexschäden die Nachweise in Fn. 25.

<sup>75</sup> BGE 131 III 306, E. 3.1.

<sup>76</sup> So ausdrücklich Satz 1 von Art. 757 Abs. 1 OR, worin die Umschreibung des Anspruchs der Aktionäre und Gläubiger enthalten ist und auf welchen sich die Verweise in Art. 757 Abs. 1 Satz 2 sowie Art. 757 Abs. 2 Satz 1 OR grammatikalisch wie systematisch beziehen. Auch das Bundesgericht spricht in BGE 131 III 306, E. 3.1.1 *in fine*, explizit von der Geltendmachung des Schadens der Gesellschaft.

<sup>77</sup> Die Prozessstandschaft ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig und charakterisiert sich durch das Auseinanderfallen der Sachlegitimation und der Prozessführungsbefugnis; vgl. etwa: *Adrian Staehelin/Pascal Grolimund/Daniel Staehelin*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 13 Rz. 20. Den in der Praxis wohl häufigsten Fall bildet die Abtretung nach Art. 260 SchKG; vgl. dazu BGE 121 III 488, E. 2b.

<sup>78</sup> So wohl auch die Botschaft AR 1983 (Fn. 31), 852, worin – im Gegensatz zu der in Fn. 72 zitierten Stelle der nämlichen Botschaft – von der Entstehung des Klagerechts die Rede ist. Dieses Konzept der prozessstandschaftlichen Geltendmachung muss insbesondere dann gelten, wenn man im Sinne der Raschein-Doktrin davon ausgeht, im Konkurs würden die Ansprüche der Gesellschaft durch die Ansprüche der Gläubigergesamtheit ersetzt; vgl. dazu die Nachweise in Fn. 64.

sich selbst zu stellen.<sup>79</sup> An der materiell-rechtlichen Lage ändert sich dadurch freilich nichts.

Der vorliegend besprochene Entscheid trägt hinsichtlich der Klageberechtigung zur Klärung der vorne skizzierten Gemengelage bezüglich der verschiedenen Ansprüche bei: Wie das Bundesgericht nun ausdrücklich festgehalten hat, ist die Klageberechtigung der Konkursverwaltung auf die Durchsetzung von Ansprüchen aus einer Schädigung der Gesellschaft beschränkt,<sup>80</sup> setzt somit stets eine negative Veränderung des Eigenkapitals voraus. Demgegenüber können Ansprüche auf Ersatz von direkten Gläubigerschäden (mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage) ausschliesslich von den betroffenen Gläubigern – gegebenenfalls als einfache Streitgenossenschaft i.S.v. Art. 71 ZPO handelnd – geltend gemacht werden.<sup>81</sup> Dies gilt selbst dann, wenn, von der begünstigten Person abgesehen, sämtliche Konkursgläubiger einen in diesem Sinne direkten Schaden erleiden, worunter namentlich auch die Konstellation einer Verminderung des vom Massevermögen zu unterscheidenden Verwertungssubstrats fällt. Der von *Raschein* geprägte Begriff des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit<sup>82</sup> ist diesbezüglich etwas irreführend, da gerade nicht auf eine Betrachtung des Vermögens der Gesamtheit der Gläubiger, sondern der konkursiten Gesellschaft abgestellt wird. Insofern zeigt sich auch ein wichtiger Unterschied zur Durchsetzung von paulianischen Anfechtungsansprüchen. Ansprüche aus *actio pauliana* fallen mit Konkurseröffnung in die Konkursmasse (Art. 200 SchKG) und können somit auch dann von der Konkursverwaltung geltend gemacht werden, wenn – was der Regelfall sein dürfte<sup>83</sup> – die Gesellschaft

selbst durch eine fraudulöse Rechtshandlung nicht geschädigt worden ist. In Korrektur der *Raichle*-Praxis hat das Bundesgericht nun klargestellt, dass dies bei Verantwortlichkeitsansprüchen nicht der Fall ist.<sup>84</sup>

### 3.2.2 Konstellation der Durchsetzungssperre

Besonderes Augenmerk ist sodann auf die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Einschränkungen der Klageberechtigung direkt geschädigter Gläubiger bzw. Aktionäre zu richten. Mit der Durchsetzungssperre bei paralleler direkter Schädigung von Gesellschaft und Gläubigern bzw. Aktionären soll ein Wettlauf zwischen der Konkursverwaltung und direkt geschädigten Gläubigern bzw. Aktionären auf Befriedigung aus den begrenzten Ressourcen der Organe verhindert werden.<sup>85</sup> Die privilegierte Klageberechtigung der Konkursverwaltung geht von einem Vorrang der kollektiven Durchsetzung aus, um eine möglichst proportionale Verteilung des erhältlich gemachten Haftungssubstrats unter den geschädigten Gläubigern bzw. Aktionären zu erreichen.<sup>86</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Definition der Konstellation, in welcher die Durchsetzungssperre zur Anwendung gelangen soll, ist jedoch nicht eindeutig. In BGE 131 III 306 («Biber Holding») ging das Bundesgericht von einem weiten Verständnis der Konkurrenzsituation aus, indem es eine Einschränkung der Klageberechtigung direkt geschädigter Gläubiger bzw. Aktionäre für alle Fälle bejahte, in denen nebst den Gläubigern und Aktionären auch die konkursite Gesellschaft selbst geschädigt ist.<sup>87</sup> In BGE 132 III 564 und BGE 141 III 112 hat das

<sup>79</sup> BGE 139 III 391 (= Pra 103 [2014] Nr. 19), E. 5.1 (m.w.H.), worin das Bundesgericht darauf hinweist, dass gemäss Wortlaut des obligatorisch zu verwendenden Formulars 7K (abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/schkg/musterformulare/form/07-k-d.pdf>>; zuletzt besucht am 24. März 2016) ein allfälliger Erfolg aus der Geltendmachung der abgetretenen (Prozessführungs-)Rechte nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderung des Abtretungsgläubigers verwendet werden kann und ein Überschuss an die Masse abzuliefern ist.

<sup>80</sup> BGE 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.4.

<sup>81</sup> Vgl. BGE 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.4.

<sup>82</sup> Vgl. *Raschein* (Fn. 64), 362.

<sup>83</sup> Eine Schädigung der Gesellschaft durch eine paulianisch anfechtbare Rechtshandlung ist wohl nur bei der Schenkungspauliana nach Art. 286 SchKG denkbar.

<sup>84</sup> BGE 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.4.

<sup>85</sup> Vgl. etwa: *Harald Bärtschi*, Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zürich/Basel/Genf 2014, 39–134, 75; *Felix Buff/Hans Caspar von der Crone*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, SZW 87 (2015), 269–276, 273 f.

<sup>86</sup> *Von der Crone* (Fn. 16), § 12 N 90; *Ruben Perren*, Die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Basel 2002, 56; *Buff/von der Crone* (Fn. 85), 271 f.

<sup>87</sup> Im Volltext äusserte sich das Bundesgericht wie folgt: «Wenn hingegen nebst den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern auch die konkursite Gesellschaft direkt geschädigt ist, kann die Individualklage der Aktionäre und Gläubiger in Konkurrenz zu den Ansprüchen der Gesellschaft treten. Nur für diesen Fall hat die Rechtsprechung

Bundesgericht die zur Einschränkung der Klageberechtigung führende Konkurrenzsituation enger gefasst und auf Fälle beschränkt, in denen ein und dieselbe Pflichtverletzung gleichzeitig das Vermögen der Gesellschaft und dasjenige eines Gläubigers (bzw. Aktionärs) schädigt.<sup>88</sup>

Sofern die Konkurrenzsituation von Ansprüchen der Gesellschaft und direkt geschädigten Gläubigern bzw. Aktionären in Einklang mit BGE 131 III 306 weit verstanden würde, wäre die Klageberechtigung der Letzteren jedoch faktisch nahezu immer eingeschränkt: Da in jedem durch eine Überschuldung ausgelösten Gesellschaftskonkurs potentiell ein Konkursverschleppungsschaden vorliegen kann, müsste man – wenn in derartigen Konstellationen ein Wettlauf effektiv verhindert werden soll – die potentielle Konkurrenz eines Gesellschaftsschadens genügen lassen, zumal ein Gericht gemäss der grundsätzlich geltenden Verhandlungsmaxime (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO) keine Möglichkeit hat, zu untersuchen, ob effektiv auch ein Gesellschaftsschaden vorliegt.<sup>89</sup>

die Klagebefugnis der Aktionäre und Gläubiger zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern bzw. Aktionären zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen eingeschränkt»; BGE 131 III 306, E. 3.1.2.

<sup>88</sup> Unter Bezugnahme auf die in Fn. 87 zitierte Passage hielt das Bundesgericht fest: «En troisième lieu, il existe encore des situations, plus rares, dans lesquelles on discerne à la fois un dommage direct pour le créancier et un dommage direct pour la société [...] En d'autres termes, le comportement de l'organe porte directement atteinte au patrimoine de la société et du créancier social, sans que le préjudice causé à ce dernier ne dépende de la faillite de la société»; BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.1.3, sowie die praktisch wortwörtliche Wiedergabe in BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), E. 5.2.3.

<sup>89</sup> Bärtschi will diesem Problem dadurch begegnen, dass sich das für eine Klage eines direkt geschädigten Gläubigers bzw. Aktionärs angerufene Gericht nach dem Stand des Konkursverfahrens erkundigen und nötigenfalls das Verfahren nach Art. 126 Abs. 1 ZPO sistieren bzw. die Verfahren zur Durchsetzung der Ansprüche aus direkter Schädigung nach Art. 127 Abs. 1 ZPO koordinieren soll; Bärtschi (Fn. 85), 76. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Umstände für allfällige Ansprüche der Gesellschaft aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit allenfalls erst nach eingehendem Studium der Gesellschaftsunterlagen ergeben können, weshalb das Konkursamt im Anfangsstadium des Konkursverfahrens nicht zwingend Kenntnis von potentiell konkurrierenden Ansprüchen haben muss. Sodann ist zu berücksichtigen, dass das Gericht über

Daraus erhellt, dass eine enge Interpretation der zu einer Durchsetzungssperre führenden Konkurrenzsituation den Vorzug verdient, zumal das Gericht diesfalls selbst in der Lage ist, gestützt auf die von einem direkt geschädigten Kläger in den Prozess eingebrachten Tatsachenbehauptungen abzuschätzen, ob die gerügte Pflichtverletzung des Organs unabhängig von der behaupteten direkten Schädigung des klagenden Gläubigers bzw. Aktionärs auch zu einem Gesellschaftsschaden geführt haben kann.

### 3.2.3 Problem der Anspruchsvereitelung

Selbst wenn von einem engen Verständnis der eben skizzierten Durchsetzungssperre ausgegangen wird, kann die vom Bundesgericht angestrebte, möglichst weitgehende Bevorzugung der kollektiven Anspruchsdurchsetzung durch die Konkursverwaltung aber die Durchsetzung von Ansprüchen aus direkter Schädigung durch Gläubiger bzw. Aktionäre dauerhaft verhindern.<sup>90</sup> Dies gilt namentlich für Konkursverfahren, die mangels Aktiven nach Art. 230 SchKG eingestellt werden, was auf die Mehrheit der in der Schweiz eröffneten Konkurse zutrifft.<sup>91</sup> In Ermangelung der Durchführung eines (ordentlichen oder summarischen) Konkursverfahrens werden allfällige Verantwortlichkeitsansprüche nicht kollektiv durchgesetzt; sei es, weil die Konkursverwaltung und die Gläubiger die Erfolgchancen als zu gering betrachten, oder weil sie mangels Studium der Geschäftsunterlagen im Zeitpunkt des Antrags bzw. der Verfügung auf Einstellung des Konkursverfahrens nach Art. 230 Abs. 1 SchKG gar keine Kenntnis von möglichen Pflichtverletzungen haben. Obwohl es in derartigen Konstellationen nicht zu einer Konkurrenz oder einem Wettlauf der Konkursverwaltung mit individuell geschädigten Gläubigern bzw. Aktio-

keine Ermittlungsbehörde verfügt, welche entsprechende Nachforschungen anstellen könnte.

<sup>90</sup> Vgl. etwa Bärtschi (Fn. 85), 75.

<sup>91</sup> Gemäss der jährlich vom Bundesamt für Statistik veröffentlichten Statistik über die Konkurse und Nachlassverfahren (abrufbar unter: <[www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/02/betreibungen.Document.20945.xls](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/02/betreibungen.Document.20945.xls)>; zuletzt besucht am 24. März 2016) liegt der Prozentsatz der nicht im ordentlichen oder summarischen Verfahren durchgeführten Konkurse schweizweit jeweils deutlich über 50%: 57,34% (2015), 55,46% (2014), 59,01% (2013), 61,29% (2012), 58,87% (2011). Ebenso bereits Suter (Fn. 18), 115; Buff/von der Crone (Fn. 85), 274.



nären kommen kann,<sup>92</sup> wären die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien für die Durchsetzungssperre – zumindest der Form nach – erfüllt: Soweit auch die Gesellschaft selbst einen Schaden erlitten hat, könnten Gläubiger und Aktionäre einen allfälligen direkten Schaden nur eingeschränkt geltend machen.

In der jüngeren Rechtsprechung konnten die direkt geschädigten Gläubiger ihre in Konkurrenz zum Gesellschaftsschaden stehenden Ansprüche jeweils auf Art. 41 OR stützen, weshalb – soweit ersichtlich – noch kein Fall aufgetreten ist, in welchem einem Gläubiger (bzw. Aktionär) die Durchsetzung seines Anspruchs aus direkter Schädigung verweigert wurde.<sup>93</sup> Das Bundesgericht konnte dementsprechend offenlassen, wie es sich in Konstellationen verhalten würde, in denen ein Anspruch aus einer Verletzung von aktienrechtlichen Schutznormen zu beurteilen wäre.<sup>94</sup> Immerhin scheint es nicht unproblematisch, die Durchsetzung des Anspruchs eines Gläubigers (bzw. Aktionärs) auf rein richterrechtlicher Grundlage mit der Begründung zu verweigern, der Kläger berufe sich auf eine «einfache» Schutznorm des Aktienrechts und nicht auf Art. 41 OR, auf *culpa in contrahendo* oder auf eine ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger (bzw. Aktionäre) konzipierte Bestimmung des Gesellschaftsrechts.<sup>95</sup> So ist die unter III.3.1 dargestellte Rechtsprechung zu Art. 757 OR ergangen, der einzig die Durchsetzung des Gesellschaftsschadens regelt, ohne gleichzeitig eine Rangordnung im Sinne einer Privilegierung des Gesellschaftsschadens

gegenüber Ansprüchen aus direkten Gläubiger- bzw. Aktionärsschäden vorzusehen; diesbezüglich sind auch keine Anhaltspunkte für eine echte Gesetzeslücke ersichtlich.<sup>96</sup> Des Weiteren ist zu bedenken, dass allfällige Ansprüche aus direkter Schädigung – ausser in Ausnahmefällen<sup>97</sup> – nicht im Konkurs eingegeben werden können. Demzufolge haben die Konkursverwaltung bzw. die Abtretungsgläubiger oder Aktionäre auch keine Möglichkeit, diese Ansprüche geltend zu machen.<sup>98</sup> Die Durchsetzungssperre könnte in derartigen Fällen faktisch zu einer materiellen Enteignung<sup>99</sup> des geschädigten Gläubigers bzw. Aktionärs in Bezug auf dessen Anspruch führen, wofür nach allgemeinen Grundsätzen eine gesetzliche Grundlage erforderlich wäre.<sup>100</sup> Art. 757 OR vermag diesem Erfordernis nicht zu genügen.<sup>101</sup> Schliesslich erscheint die mit der Durchsetzungssperre verbundene Verweigerung der Anspruchsdurchsetzung ohne entsprechende gesetzliche Grundlage auch unter dem Gesichtspunkt des Justizgewährungsanspruchs (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) problematisch.<sup>102</sup>

### 3.2.4 Differenzierung des Vollstreckungssubstrats

Ein zentrales Regelungsziel des Verantwortlichkeitsrechts ist – neben der verhaltenssteuernden Wirkung – zweifellos im Schadensausgleich zu sehen,<sup>103</sup>

<sup>92</sup> Die Aktiengesellschaft ist gemäss Art. 746 OR nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven i.S.v. Art. 230 SchKG im Handelsregister zu löschen.

<sup>93</sup> Freilich dürften direkt geschädigte Gläubiger bzw. Aktionäre, welche mit ihrem Anspruch die Kriterien für eine individuelle Klage trotz der Durchsetzungssperre nicht erfüllen, zufolge der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts aber auch das Prozessrisiko scheuen.

<sup>94</sup> Prägnant BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), E. 5.3.3: «Quoi qu'il en soit, il n'est ici pas douteux que le créancier social pouvait fonder son action sur un acte illicite [...] et qu'il était ainsi légitimé à agir à titre individuel contre les organes en réparation du dommage direct subi» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>95</sup> Freilich dienen die meisten Bestimmungen des Gesellschaftsrechts, namentlich die Kapitalschutzbestimmungen, neben dem Gläubigerschutz regelmässig (zumindest) auch dem Schutz der Gesellschaft und der Aktionäre, weshalb wohl nur Art. 744 Abs. 2 OR in diesem Sinne ausschliesslich die Gläubiger schützen dürfte. Vgl. zur «Suche» nach einer solchen Bestimmung etwa die Ausführungen bei Böckli (Fn. 17), § 18 N 305 ff.

<sup>96</sup> Vgl. von der Crone/Carbonara/Hunziker (Fn. 43), 14 f. (m.w.H.); a.A.: Böckli (Fn. 17), § 18 N 327a.

<sup>97</sup> Vgl. etwa das Beispiel in III.3.3.3.

<sup>98</sup> So auch das Bundesgericht im vorliegend besprochenen Entscheid BGE 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.3.

<sup>99</sup> Vgl. dazu etwa: Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rn. 609 f.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 2453 ff.

<sup>100</sup> Vgl. von der Crone/Carbonara/Hunziker (Fn. 43), 14 und 76; sowie allgemein zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 99), Rz. 2456 und Rz. 2344 ff.

<sup>101</sup> Vgl. Böckli (Fn. 17), § 18 N 320.

<sup>102</sup> Vgl. dazu etwa den «Asbest-Entscheid» des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, Affaire Howald Moor et autres c. Suisse [requêtes n. 52067/10 et 41072/11] vom 11. März 2014, §§ 70 ff.); sowie European Court of Human Rights, Guide on Article 6, Strasbourg 2013, §§ 46 ff. und §§ 49 ff.

<sup>103</sup> Vgl. Bärtschi (Fn. 16), 36 f.; Hans Caspar von der Crone/Benjamin Bloch, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zü-



wenngleich die potentielle Schadenshöhe die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beklagten oft weit übersteigt.<sup>104</sup> Gerade bei der Beurteilung der Durchsetzungssperre ist nun aber zu berücksichtigen, dass die finanziellen Ressourcen der ins Recht zu fassenden Organe – entgegen dem Eindruck, der verschiedentlich gewonnen werden könnte – nicht ausschliesslich zur Erfüllung allfälliger Schadenersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zur Verfügung stehen. Der Anspruch der Gesellschaft nach Art. 757 OR konkurriert denn auch nicht nur mit allfälligen Ansprüchen der Gläubiger bzw. Aktionäre aus eigener direkter Schädigung, sondern vielmehr mit den Ansprüchen sämtlicher weiterer Gläubiger des fraglichen Organs, welche sich Befriedigung aus dessen Vermögen zu verschaffen suchen.

Bei der Anwendung des der Durchsetzungssperre konzeptionell zugrunde liegenden Gleichbehandlungsgedankens müssen deshalb die objektiven Grenzen des Konkursverfahrens<sup>105</sup> beachtet werden: Konkursmasse bildet das gesamte pfändbare Vermögen der Gesellschaft (Art. 197 Abs. 1 SchKG), wobei paulianische Anfechtungsansprüche kraft gesetzlicher Anordnung (Art. 200 SchKG) ebenfalls vom sachlichen Umfang derselben erfasst werden. Diesbezüglich gilt zweifelsohne das Prinzip der *pars conditio creditorum*, welches folglich erheischt, dass die Durchsetzung von Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zufolge einer Schädigung der Gesellschaft zu einer proportionalen Verteilung des Haftungssubstrats unter den Gläubigern führt. Rein rechnerisch gleicht denn auch die durch eine Schädigung der Gesellschaft entstehende Schadenersatzforderung gegen die verantwortlichen Organe diesen Gesellschaftsschaden vollständig aus – ob diese Forderung einbringlich ist, ist freilich eine andere, regelmässig zu verneinende Frage.

Von dieser Konkursmasse der Gesellschaft muss die individuelle Vermögensmasse der jeweiligen Or-

gane unterschieden werden.<sup>106</sup> Da es sich bei Letzteren zwingend um natürliche Personen handelt (vgl. Art. 707 Abs. 3 OR), gilt diesbezüglich in der Regel das Recht der Spezialexécution und damit der Grundsatz der zeitlichen Priorität: «Wer zuerst kommt, mahlt zuerst».<sup>107</sup> In diesem «Rennen» um das Haftungssubstrat führt die mit der Durchsetzungssperre bezweckte Privilegierung der Geltendmachung allfälliger Ansprüche aus Art. 757 OR zwangsweise auch zu einer entsprechenden Benachteiligung der Ansprüche aus direkter Schädigung der Aktionäre bzw. Gläubiger gegenüber Forderungen anderer Drittpersonen. Solche Dritte können wie die Konkursmasse (bzw. allfällige Abtretungsgläubiger oder Aktionäre) ohne weiteres ihre vertraglichen, ausservertraglichen oder bereicherungsrechtlichen Ansprüche gegen die Organe durchsetzen und sich für ihre Forderung aus deren Vermögen befriedigen. Direkt geschädigten Gläubigern bzw. Aktionären, welche die Voraussetzung für eine individuelle Klage nicht erfüllen, bleibt dieser Weg hingegen verschlossen. Eine derartige Benachteiligung der Gläubiger bzw. Aktionäre hinsichtlich der Liquidation ihrer Ansprüche aus direkter Schädigung gegenüber Ansprüchen von Dritten lässt sich sachlich kaum rechtfertigen. Aufgrund der – wie auch der vorliegende Sachverhalt zeigt – regelmässig sehr langen Dauer von Verantwortlichkeitsprozessen wiegt dieser Nachteil umso grösser, als Organe geneigt sein könnten, rechtzeitig Vermögensdispositionen einzuleiten, um ihr Vermögen der Vollstreckung durch die Kläger zu entziehen.<sup>108</sup>

### 3.2.5 Indizien für eine Praxisänderung?

Gewisse Aussagen in der jüngeren Rechtsprechung könnten dahingehend interpretiert werden, dass sich das Bundesgericht zumindest in Richtung einer Lockerung der Durchsetzungssperre bewegt. So hielt es in BGE 141 III 112, dem gemäss Sachverhalt unstrittig die Konstellation einer direkten Schädigung so-

rich/Basel/Genf 2012, 83–119, 86 ff.; von der Crone/Buff (Fn. 32), 445 ff.

<sup>104</sup> Peter R. Isler/René Fischer, Warum sind Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft gegen ihre Organe so selten?, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich/Basel/Genf 2012, 27–52, 36 f.; sowie allgemein zu funktionalen Defiziten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit: von der Crone/Buff (Fn. 32), 448 ff.

<sup>105</sup> Eingehend zum sachlichen Umfang der Konkursmasse: Amonn/Walther (Fn. 63), § 40 N 15 ff.

<sup>106</sup> So bereits von der Crone/Carbonara/Hunziker (Fn. 43), 14.

<sup>107</sup> Diese Privilegierung betreibender Gläubiger wird lediglich durch das Institut der Anschlusspfändung (Art. 110 f. SchKG) in gewissem Umfang gemildert; vgl. dazu: Amonn/Walther (Fn. 63), § 25 N 1 ff.

<sup>108</sup> Aufgrund der Verdachtsfristen der Pauliana von einem bzw. fünf Jahren (vgl. Art. 286 ff. SchKG) ist denn auch eine rasche Anspruchsdurchsetzung notwendig; vgl. Isler/Fischer (Fn. 104), 37.

wohl der Gesellschaft wie des klagenden Gläubigers zugrunde lag, in einem *obiter dictum* fest, dass zufolge der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister die Konkurrenzsituation zwischen Ansprüchen der Gesellschaft bzw. des Gläubigers aus direkter Schädigung nicht mehr aktuell sei.<sup>109</sup> In einem kurz darauf ergangenen, unpublizierten Entscheid bekräftigte das Bundesgericht unter Bezugnahme auf BGE 141 III 112, dass das mit der Durchsetzungssperre verfolgte Ziel entfalle, wenn feststehe, dass die Gesellschaft nicht selber klagt.<sup>110</sup> Dem Entscheid ist jedoch zu entnehmen, dass eine gleichzeitig eingereichte Klage nach Art. 757 Abs. 2 OR mangels rechtsgenügender Substantiierung eines Gesellschaftsschadens abgewiesen wurde.<sup>111</sup> Zuzufolge der materiellen Rechtskraft dieses Teilentscheids stand dementsprechend fest,<sup>112</sup> dass die Gesellschaft selbst durch das Verhalten der Organe nicht geschädigt worden ist.<sup>113</sup> Genau besehen lag mithin gar keine zur Anwendung der Durchsetzungssperre führende Konstellation einer (durch ein und dieselbe Handlung eines Organs verursachten) gleichzeitigen direkten Schädigung der Gesellschaft und der Gläubiger vor. Aufgrund der zitierten Entscheide lässt sich somit noch nicht klar abschätzen, welche Kriterien nach Auffassung des Bundesgerichts erfüllt sein müssen, damit feststeht, dass die Gesellschaft nicht klagt – mit der Konse-

quenz, dass von der Durchsetzungssperre abzusehen wäre.<sup>114</sup>

Dabei bleibt es auch nach dem vorliegenden Entscheid: Zwar hielt das Bundesgericht fest, dass der Raichle-Entscheid vor dem Hintergrund der mit BGE 122 III 176 («X. Corporation») begründeten Rechtsprechung gesehen werden müsse und im Lichte der seither erfolgten Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit als überholt erscheine.<sup>115</sup> Die im Entscheid i.S. X. Corporation begründete Praxis bezüglich der Durchsetzungssperre bei gleichzeitiger direkter Schädigung der Gesellschaft und der Gläubiger (bzw. Aktionäre) gelangt als solche aber nach wie vor zur Anwendung.<sup>116</sup> Es bleibt somit offen, wie es sich mit der im Entscheid i.S. Raichle begründeten umfassenden Befugnis der Konkursverwaltung zur Geltendmachung von Gläubigerschäden im Anwendungsbereich der Durchsetzungssperre verhalten würde. So erscheint es gerade in der Konstellation einer Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG) durchaus denkbar, dass durch eine entsprechende Rechts-handlung gleichzeitig die Gesellschaft wie die Gläubiger geschädigt werden. Nach hier vertretener Auffassung<sup>117</sup> ist aber auch im Anwendungsbereich der Durchsetzungssperre eine Klageberechtigung der Konkursverwaltung für direkte Gläubigerschädigungen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zu verneinen. Vielmehr steht der Konkursverwaltung – bzw.

<sup>109</sup> BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015] Nr. 96), E. 5.3.3, besprochen bei Buff/von der Crone (Fn. 85).

<sup>110</sup> BGer 4A\_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 5.2.

<sup>111</sup> BGer 4A\_26/2015 vom 21. Mai 2015, SV B.

<sup>112</sup> Die materielle Rechtskraft bezeichnet die Verbindlichkeit eines Entscheids über den dem Gericht vorgelegten Streitgegenstand zwischen den Prozessparteien; vgl. statt vieler: Paul Oberhammer, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 21 ff. zu Vor Art. 236–242. Bei der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens i.S.v. Art. 757 OR ist zu berücksichtigen, dass entweder die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger bzw. Aktionäre qua Prozessstandschaft (BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 3.2.2; BGE 121 III 488, E. 2b) den Anspruch der Gesellschaft geltend machen. Im ersten Fall ist die Gesellschaft als Partei an die Rechtskraft des Entscheids gebunden, im zweiten Fall findet eine Rechtskrafterstreckung auf die Gesellschaft als Sachlegitimierte in Bezug auf den prozessstandschaftlich geltend gemachten Streitgegenstand statt; vgl. Oberhammer (op. cit.), N 52 zu Vor Art. 236–242.

<sup>113</sup> So letztlich wohl auch BGer 4A\_26/2015 vom 21. Mai 2015, E. 5.3.

<sup>114</sup> Denkbar wären verschiedene Kriterien: Bei einer Einstellung des Konkurses mangels Aktiven die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister (dies, da das Bundesgericht bei einer im Handelsregister gelöschten Gesellschaft für die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens die Wiedereintragung derselben im Handelsregister [und die Abtretung der Schadenersatzforderungen] verlangt); vgl. BGE 110 II 396 (= Pra 74 [1985] Nr. 60), E. 2; BGE 132 III 731 (= Pra 96 [2007] Nr. 81), E. 3.3. Ansonsten ein Beschluss der zweiten Gläubigerversammlung – bzw. im summarischen Konkursverfahren ein auf dem Zirkularweg getroffener Beschluss (vgl. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 Satz 2 SchKG) – über den Verzicht auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen, woraufhin kein Gläubiger ein Abtretungsbegehren i.S.v. Art. 260 Abs. 1 SchKG gestellt hat. Schliesslich die bereits skizzierte rechtskräftige Abweisung einer Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens, wodurch das Nichtbestehen einer Anspruchskonkurrenz – wie erwähnt – rechtskräftig «festgestellt» wäre.

<sup>115</sup> Vgl. BGer 4A\_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 4.2 ff.

<sup>116</sup> Vgl. die Ausführungen unter III.3.1(iii).

<sup>117</sup> Vgl. die Ausführungen unter III.3.2.1.

den Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG – in diesen Fällen zur Durchsetzung der Ansprüche aus Gläubigerungleichbehandlung zufolge Verminderung des Verwertungssubstrats die *actio pauliana* zur Verfügung.<sup>118</sup>

### 3.3 Abschliessende Überlegungen

#### 3.3.1 Kernproblem der Durchsetzungsordnung im Konkurs

Bei der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs einer Gesellschaft zeigt sich in der Praxis häufig das Phänomen, dass Gläubiger versucht sind, einen zufolge des Konkurses erlittenen Reflexschaden als direkten Schaden darzustellen, um diesen individuell einklagen zu können. Derartige Vorgehensweisen bilden das Kernproblem der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs einer Gesellschaft, welches das System der Durchsetzungsordnung adressieren muss.

Von dieser *ratio* liess sich wohl auch das Bundesgericht im Entscheid X. Corporation (BGE 122 III 176) leiten, als es festhielt, bei der Abgrenzung des direkten vom indirekten Schaden sei auf die Rechtsgrundlage der Schadenersatzpflicht abzustellen.<sup>119</sup> Damit war sichergestellt, dass sämtliche Reflexschäden – deren Ursache in der Verletzung einer Norm liegt, die sowohl das Vermögen der Aktiengesellschaft wie dasjenige der Gläubiger bzw. Aktionäre schützt – von der individuellen Durchsetzung ausgeschlossen waren. Nachdem sich dieses Abgrenzungskriterium als überschüssend erwiesen hat, bezieht das Bundesgericht in den nachfolgenden Entscheidungen das Kriterium der betroffenen Vermögensmasse

wieder in die Abgrenzung mit ein. Der Entscheid X. Corporation (BGE 122 III 176) wirkt dabei in Form der Durchsetzungssperre insofern weiter, als alle Fälle, welche sowohl als direkte Schäden der Gesellschaft wie der Gläubiger bzw. Aktionäre gelten, primär einer kollektiven Durchsetzungsordnung unterliegen.<sup>120</sup>

#### 3.3.2 Hinterfragung der Durchsetzungssperre

Die unter III.3.2 skizzierten Überlegungen werfen die Frage auf, ob die vom Bundesgericht entwickelte Durchsetzungssperre nicht zu hinterfragen wäre. Lassen sich Ansprüche aus direkter Schädigung – wie dies meistens der Fall sein dürfte<sup>121</sup> – auf Art. 41 OR abstützen, so ist ihre Durchsetzung ohnehin jederzeit möglich. Umso aussergewöhnlicher erscheint die Sperre der Durchsetzung von Ansprüchen aus aktienrechtlichen Schutznormen. Jedenfalls wäre für eine solch' einschneidende, differenzierende Behandlung von Schadenersatzansprüchen je nach dem Normenkomplex, dem die betroffene Schutznorm zuzuweisen ist, eine ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers zu erwarten.<sup>122</sup> Anlass für eine Überprüfung der Rechtsprechung könnten auch die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Kriterien für eine Unterstellung unter die Durchsetzungssperre sein. Dabei wirkt insbesondere unbefriedigend, dass die Möglichkeit zur Anspruchsdurchsetzung bei direkten Schäden letztlich auch von Zufälligkeiten abhängt, z.B. ob die Gesellschaft ebenfalls geschädigt wurde, ob ein zusammenhängender Handlungskomplex noch als «ein und dieselbe Pflichtverletzung»<sup>123</sup> qualifiziert wird, ob das Verhalten des Organs den Tatbestand einer

<sup>118</sup> Wie aus dem Raichle-Entscheid hervorgeht, hatte das Obergericht Thurgau i.S. Raichle eine paulianische Anfechtungsklage gutgeheissen. Das Bundesgericht hat die Beurteilung der *actio pauliana* in seinem Entscheid aber offengelassen, da es im Verhalten der Organe einen Tatbestand der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit erkannte; vgl. BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 3e. Nach der seit dem 1. Januar 2014 geltenden Fassung des SchKG wäre die Durchsetzung von Ansprüchen wie im Fall Raichle durch eine paulianische Anfechtungsklage aber noch einfacher, da Art. 288 Abs. 2 SchKG neu explizit eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Benachteiligungsabsicht bei Handlungen zugunsten einer nahestehenden Person des Schuldners vorsieht; vgl. dazu Botschaft Änderung Sanierungsrecht (Fn. 57), 6477 f.

<sup>119</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unter III.2.3.

<sup>120</sup> Genau besehen setzt dies freilich aber voraus, dass die direkten Schäden der Gläubiger bzw. Aktionäre überhaupt als Forderung im Gesellschaftskonkurs eingegeben werden können.

<sup>121</sup> Handlungen, welche zu einer direkten Schädigung der Gläubiger führen, werden regelmässig den Tatbestand strafrechtlicher Bestimmungen (z.B. Art. 146, 152 und 251 StGB bei Bilanzfälschung, Art. 159 StGB und Art. 87 Abs. 3 AHVG bei Missbrauch von Lohnabzügen, sowie Art. 158 und 163 ff. StGB bei Konkursverschleppung) erfüllen.

<sup>122</sup> Dies gilt insbesondere, wenn bei der Konkurrenz von Ansprüchen der Gläubiger bzw. Aktionäre aus direkter Schädigung mit Ansprüchen, welche aus einer Schädigung der Gesellschaft herrühren, unterschiedliche Anforderungen an die Qualität der Schutznorm gestellt werden.

<sup>123</sup> Vgl. zu diesem in BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57) eingeführten und in BGE 141 III 112 (= Pra 104 [2015])

Schutznorm – im Sinne der qualifizierten Erfordernisse des Bundesgerichts<sup>124</sup> – erfüllt, oder ob die Konkursverwaltung bzw. Abtretungsgläubiger oder Aktionäre einen Gesellschaftsschaden aufgrund der Unterlagen hinreichend substantiieren können.<sup>125</sup>

In Einklang mit der Konzeption des Gesetzgebers – und dem System des allgemeinen Haftpflichtrechts – sollte vielmehr lediglich zwischen der kollektiven Durchsetzung des Gesellschaftsschadens einerseits und der individuellen Durchsetzung direkter Schädigungen der Gläubiger bzw. Aktionäre andererseits unterschieden werden. Die Frage, welches «Durchsetzungsregime» anwendbar ist, würde somit abschliessend nach den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts entschieden – unter Anwendung insbesondere der in Art. 757 OR für das Aktienrecht ausdrücklich bestätigten Regel, wonach Reflexschäden nur ersatzpflichtig sind, wenn das Gesetz dies ausnahmsweise ausdrücklich anordnet.<sup>126</sup> Kommt man zum Schluss, dass ein Gesellschaftsschaden vorliegt, hat die Durchsetzung nach den Regeln von Art. 756 ff. OR zu erfolgen. Klagen von Aktionären bzw. Gläubigern aus direkter Schädigung sind demgegenüber individuell möglich und nach der auf die individuelle Konstellation anwendbaren Rechtsgrundlage zu entscheiden. Die Durchsetzungsordnung im Konkurs sollte sich also nicht von derjenigen ausser Konkurs unterscheiden. Da Ansprüche aus direkter Schädigung in aller Regel nicht im Konkurs eingegeben werden können, rechtfertigt sich eine differenzierte Herangehensweise im Konkurs auch nicht mit dem verschiedentlich vorgebrachten Hinweis auf die Erhöhung der Vergleichsfähigkeit von Ansprüchen der Konkursverwaltung: Da der Konkursverwaltung, wie das Bundesgericht im besprochenen Entscheid festgehalten hat, keine Anspruchszuständigkeit (und damit Verfügungsmacht) bezüglich direkter Gläubigerschäden zukommt, kann sie derartige Ansprüche auch nicht zum Gegenstand eines für die Gläubiger verbindlichen Vergleichsvertrags mit den verantwortlichen Organen machen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich die gesetzgeberische Differenzierung der Klageberechtigung ausserhalb des Konkurses (Art. 756 OR) von derjenigen im Konkurs (Art. 757 OR) denn auch ohne weiteres aus der Funktion des Eigenkapitals als Risikokapital erklärt: Grundsätzlich bilden die Aktionäre den Kreis der residualanspruchsberechtigten Personen (*residual claimants*),<sup>127</sup> tragen somit das unternehmerische Risiko (vgl. Art. 745 Abs. 1 OR) und sollen dementsprechend auch jederzeit über allfällige Haftungsklagen gegen Organe («agents» im Sinne der *principal-agent theory*<sup>128</sup>) aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Beziehung entscheiden. Wenn nun aber das Eigenkapital aufgebraucht ist, tritt insofern eine pathologische Situation auf, als dann auch die Gläubiger zu Risikokapitalgebern und damit «Residualanspruchsberechtigten»<sup>129</sup> werden.<sup>130</sup> Daraus erhellt, dass – erst, aber immerhin – mit Eintritt des Konkurses auch den Gläubigern die Klageberechtigung zustehen muss,<sup>131</sup> soweit sie für ihre Forderung

Nr. 96) bestätigten Kriterium die Ausführungen unter III.3.2.2.

<sup>124</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unter III.3.1(iii).

<sup>125</sup> Vgl. etwa den BGer 4A\_26/2015 vom 21. Mai 2015 zugrunde liegenden Sachverhalt und die diesbezüglichen Ausführungen unter III.3.2.5.

<sup>126</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Fn. 73.

<sup>127</sup> Grundlegend dazu: Eugene F. Fama/Michael C. Jensen, Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, Vol. 26, No. 2 (June 1983), 301–325, 302 ff.

<sup>128</sup> Vgl. dazu: Michael C. Jensen/William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics 3 (1976), 305–360, 308 ff.; sowie die für die *principal-agent theory* bzw. *agency theory* grundlegenden Überlegungen zur Folge des Interessenkonflikts beim Auseinanderfallen von Eigentum und Kontrolle (sog. *principal-agent problem*): Adolf A. Berle/Gardiner C. Means, The Modern Corporation & Private Property, 5th printing, New Brunswick, New Jersey 2003 (originally published in 1932), 112 ff.

<sup>129</sup> Diese Trägerschaft des Residualrisikos ist nicht als Residualanspruch in Bezug auf ein *going concern*, sondern als Anspruch auf das aus der Liquidation der Gesellschaft resultierende Residual (*gone concern*) zu verstehen. Der «Residualanspruch» der Gläubiger ist in diesem Sinne durch die Forderungshöhe nach oben begrenzt. In der unwahrscheinlichen Situation, dass aus der Konkursliquidation ein Überschuss resultiert, wäre dieser nicht unter den Gläubigern, sondern unter den Aktionären zu verteilen (Art. 745 Abs. 1 OR).

<sup>130</sup> Innerhalb dieser heterogenen Gruppe von Residualanspruchsberechtigten besteht sodann eine Anspruchshierarchie (*waterfall*): Zunächst werden die pfandgesicherten Gläubiger (Art. 219 Abs. 1 SchKG), danach die übrigen Gläubiger gemäss ihrem Rang nach Art. 219 Abs. 4 SchKG befriedigt; die restlichen Mittel – sofern solche noch bestehen – werden alsdann unter den Aktionären verteilt (Art. 745 Abs. 1 OR).

<sup>131</sup> Die ökonomische Theorie fasst Gesellschaften als Geflecht von Verträgen (sog. *nexus of contracts*) zwischen den verschiedenen beteiligten Parteien auf; vgl. Fama/Jensen



effektiv nicht vollständig befriedigt werden.<sup>132</sup> Dieses Konzept verfolgt auch Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR, wobei der Bestimmung aber gerade keine Indizien dafür zu entnehmen sind, dass sich an der materiellen Anspruchsgrundlage etwas ändern würde. Dementsprechend sollte auch bei der Durchsetzungsordnung im Konkurs nicht ohne Not von der ausser Konkurs geltenden Ordnung abgewichen werden.

### 3.3.3 Ausreichende Koordination durch Grundregeln des allgemeinen Haftpflichtrechts

Folgt man der vom Gesetzgeber bewusst gewählten Konzeption, welche eine Differenzierung zwischen dem Gesellschaftsschaden (bzw. indirekten Schaden der Aktionäre bzw. Gläubiger) einerseits und dem direkten Schaden der Aktionäre bzw. Gläubiger andererseits vorsieht, lässt sich bei strenger Anwendung der vom Bundesgericht entwickelten Abgrenzungskriterien auch die allenfalls notwendige Koordination der Verfahren zwecks vollem Schadensausgleich unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundlagen des Haftpflichtrechts, namentlich des Bereicherungsverbots,<sup>133</sup> erzielen.

Dies soll abschliessend anhand folgenden Beispiels verdeutlicht werden: Gläubiger A. gibt der X. AG einen Kredit über 100, wobei die Bilanz der X. AG Aktiven von 300, Verbindlichkeiten von 400 und ein Aktienkapital von 100 aufweist. Nach der 9 Monate später erfolgenden Konkurseröffnung kann A. gemäss Schätzung der Konkursverwaltung eine Konkursdividende von 10 erwarten.

Zufolge der Überschuldung der X. AG im Zeitpunkt der Kreditvergabe reduziert sich der Wert des Darlehens von A. von ursprünglich 100 auf (eine

hypothetische Konkursdividende von) 80.<sup>134</sup> Da das Eigenkapital der X. AG durch die Kreditvergabe nicht geschmälert wird, erleidet A. durch die Investition einen direkten Schaden von 20. Durch die Konkursverschleppung erleidet A. sodann einen weiteren Schaden von 70, welcher – da vom Gesellschaftsschaden abhängig – als indirekter Schaden qualifiziert.

Zur Geltendmachung des direkten Schadens von 20 könnte A. dementsprechend direkt nach den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen gegen die verantwortlichen Organe der Gesellschaft vorgehen. In Bezug auf den indirekten Schaden von 70 ist demgegenüber primär die Konkursverwaltung klageberechtigt, wobei A. sich die Klageberechtigung gegebenenfalls nach Art. 757 Abs. 2 OR bzw. Art. 260 Abs. 1 SchKG abtreten lassen kann. Eine Besonderheit bietet der vorliegende Beispielfall insofern, als der Gläubiger seine gesamte Forderung gegen die X. AG über 100 eingeben kann (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), womit sowohl sein direkter wie indirekter Schaden «kolloziert» würde. Vorausgesetzt, dass A. direkt Klage erhebt und damit auch das Kostenrisiko eines Prozesses eingeht (vgl. etwa Art. 98 ff. und Art. 106 f. ZPO), sind zwei Konstellationen denkbar: Sofern er vor Abschluss des Konkursverfahrens ein Urteil zu seinen Gunsten über den direkten Schaden erstreitet, reduziert sich zufolge des Bereicherungsverbots seine Kurrentforderung auf 80. Falls hingegen die Konkursverwaltung ihm mit einer Klage zur Durchsetzung des gesamten Gesellschaftsschadens zuvorkommt, wäre seine Klage auf Ersatz des direkten Schadens von 20 abzuweisen.<sup>135</sup>

## 4. Schlussbemerkungen

Die mit dem vorliegend besprochenen Entscheid vorgenommene Praxisänderung hinsichtlich der Schadensdefinition bzw. des Umfangs der Klageberechti-

(Fn. 127), 302; *Easterbrook/Fischel* (Fn. 51), 1 ff. Sofern die Gläubiger durch die Umwandlung ihrer Forderung in einen Residualanspruch Teil der innergesellschaftlichen Vertragsbeziehungen werden, muss ihnen auch die Durchsetzung der damit verbundenen Rechte und Pflichten offenstehen.

<sup>132</sup> Im Konkurs gilt zwar grundsätzlich das Prinzip der *pars conditio creditorum*. Zuzufolge des regelmässig ungenügenden Haftungssubstrats erfolgt die Befriedigung nach der Rangordnung von Art. 219 Abs. 4 SchKG, wodurch die Kurrentgläubiger jeweils nicht mehr ihre gesamte Forderung, sondern nur einen Bruchteil als Konkursdividende – mithin einen Residualanspruch – erhalten; vgl. dazu: *Amonn/Walther* (Fn. 63), § 42 N 54 ff.

<sup>133</sup> Vgl. *Oftinger/Stark* (Fn. 22), § 2 N 79; *BK-Brehm* (Fn. 23), N 27 ff. zu Art. 42 OR; sowie BGE 71 II 86, E. 4; bestätigt in BGE 131 III 12, E. 7.1; BGE 134 III 489, E. 4.2.

<sup>134</sup> *Böckli* (Fn. 17), § 18 N 332, spricht in diesem Zusammenhang davon, dass der Gläubiger seine Forderung im Zeitpunkt der Kreditvergabe in eine Konkursdividende umwandelt.

<sup>135</sup> Diese Besonderheit ergibt sich in der skizzierten Konstellation daraus, dass der Gläubiger sowohl seinen indirekten Schaden (70) wie direkten Schaden (20) als Forderung im Konkurs eingeben konnte. Sofern die Konkursverwaltung somit den gesamten Gesellschaftsschaden geltend gemacht hat, kann seine Forderung über 100 vollständig aus dem Massevermögen beglichen werden.



gung der Konkursmasse (bzw. der Nachlassmasse) bei der Geltendmachung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche ist zu begrüßen. Einerseits konfligierte die Raichle-Praxis mit der *verba legis* von Art. 757 OR, welcher die Klageberechtigung der Konkursverwaltung umschreibt. Andererseits steht der Konkursverwaltung mit der *actio pauliana* bereits ein Instrument zur Verfügung, mit welchem eine Vermögensverschiebung, welche zu einer Verminderung des Verwertungssubstrats zulasten der Konkursgläubiger geführt hat, rückgängig gemacht werden kann.<sup>136</sup> Konsequenz dieser Praxisänderung ist somit, dass eine kollektive Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen zufolge Ungleichbehandlung der Gläubiger durch die Konkursmasse nicht mehr möglich ist, sofern die Verdachts- bzw. Verwirkungsfristen der paulianischen Anfechtungsklagen bereits abgelaufen sind. Diesfalls können die Gläubiger nur noch mit individuellen Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen die fehlbaren Organe vorgehen, wobei aber eine Koordination im Rahmen einer einfachen Streitgenossenschaft<sup>137</sup> möglich ist.

Gleichzeitig wirft der besprochene Entscheid aber auch die Frage nach einer (möglichen) Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Durchsetzungsordnung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, namentlich der Einschränkung der Klageberechtigung direkt geschädigter Gläubiger bzw. Aktionäre (sog. Durchsetzungssperre), auf, zumal das Bundesgericht erneut deutlich die Relevanz der Abgrenzung der betroffenen Vermögensmassen thematisiert hat. Wie die Ausführungen unter III.3.2 und III.3.3 gezeigt haben, stellen sich im Rahmen der Durchsetzungsordnung verschiedene Probleme, welche noch nicht restlos befriedigend gelöst sind. Namentlich besteht eine gewisse Diskrepanz zu den Prinzipien des allgemeinen Haftpflichtrechts, welche durch die aktienrechtliche Verantwortlichkeit lediglich konkretisiert werden sollten. Die zukünftige Rechtsprechung des Bundesgerichts wird zeigen, inwiefern diesbezüglich eine Klarstellung bzw. Änderung möglich ist, ohne das Ziel, die «Umdeutung» indirekter Schäden in direkte Schäden durch klagewillige Gläubiger bzw. Aktionäre zu verhindern,<sup>138</sup> zu unterlaufen.

<sup>136</sup> Dies gilt namentlich, da die Regeln zur Pauliana seit dem 1. Januar 2014 in gewissen Konstellationen, wie sie insbesondere auch dem Entscheid i.S. Raichle zugrunde lagen, eine Beweislastumkehr (vgl. Art. 286 Abs. 3 und Art. 288 Abs. 2 SchKG) vorsehen.

<sup>137</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen Art. 71 ZPO.

<sup>138</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unter III.3.3.1.